

Principio di separazione dell' offerta tecnica ed economica.

di Michela Pignatelli

Data di pubblicazione: 17-7-2019

1. Il cd principio di separazione tra offerta tecnica e offerta economica, denominato anche come divieto di commistione, risponde alla finalità di garantire la segretezza dell'offerta economica ed è perciò funzionale ad evitare che l'offerta tecnica contenga elementi che consentano di ricostruire, nel caso concreto, l'entità dell'offerta economica.
2. Il divieto in parola, inoltre, non può essere interpretato in maniera indiscriminata, al punto da eliminare ogni possibilità di obiettiva interferenza tra l'aspetto tecnico e quello economico dell'appalto posto a gara, attesa l'insussistenza di una norma di legge che vieti l'inserimento di elementi economici nell'offerta tecnica, a meno che uno specifico divieto non sia espressamente ed inequivocabilmente contenuto nella legge di gara.
3. In particolare, possono essere inseriti nell'offerta tecnica voci a connotazione anche economica o elementi tecnici declinabili in termini economici se rappresentativi di soluzioni realizzative dell'opera o del servizio oggetto di gara.

Guida alla lettura

La sezione Quinta del Consiglio di Stato con la sentenza in rassegna, ha precisato, aderendo all'orientamento consolidato della giurisprudenza, la portata del principio di separazione dell'offerta tecnica ed economica, stabilendo che tale principio, funzionale ad evitare che l'offerta tecnica contenga elementi che consentano di ricostruire l'entità dell'offerta economica, non possa essere inteso in maniera indiscriminata, al punto tal da eliminare ogni possibilità di obiettiva interferenza tra l'aspetto tecnico e quello economico dell'appalto per cui è indetta la gara.

Prima di analizzare la vicenda che ha condotto la Sezione Quinta del Consiglio di Stato all'adozione della decisione in rassegna, giova ricostruire brevemente il principio di separazione dell'offerta tecnica ed economica, al fine di comprenderne la portata.

Il principio di separazione dell'offerta tecnica da quella economica, comporta che le offerte economiche restino segrete per tutta la fase procedimentale in cui la commissione compie le valutazioni sugli aspetti tecnici, con la conseguenza che l'inserimento in un'unica busta di elementi dell'offerta tecnica e di quella economica risulta essere illegittimo, posto che, altrimenti opinando si determinerebbe una commistione inammissibile tra gli elementi tecnici ed economici dell'offerta stessa.

Dal principio in oggetto, espressione del principio di segretezza, deriva che finché non si sia conclusa la valutazione delle offerte tecniche, è preclusa alla stazione appaltante la conoscenza, diretta o indiretta, del valore economico dell'offerta, al fine di evitare

condizionamenti sulla valutazione dell'offerta tecnica.

La *ratio* del principio in parola, di matrice giurisprudenziale, è da ravvisare nell'esigenza di garantire un trasparente e ordinato svolgimento della gara.

Più precisamente, la ragione pratica del principio in parola, risiede nella necessità di evitare che la commissione di gara durante la valutazione dell'offerta tecnica possa essere influenzata dalla conoscenza dell'offerta economica.

Tuttavia, principio di separazione non va inteso in senso assoluto, ovvero che debba essere escluso dall'offerta ogni elemento di carattere economico.

E', infatti, possibile che all'interno dell'offerta tecnica vengano inseriti singoli elementi che non fanno parte dell'offerta economica, quali prezzi di listini ufficiali o alcuni elementi economici, resi necessari dagli elementi qualitativi da fornire isolati e del tutto marginali dell'offerta che non consentano in alcun modo di ricostruire la complessiva offerta economica.

Tanto premesso, in relazione alla portata del principio di separazione dell'offerta tecnica ed economica, è ora possibile analizzare la decisione del Consiglio di Stato in rassegna, la quale consolida i principi giurisprudenziali in materia.

Il caso sottoposto all'attenzione dei Giudici di Palazzo Spada, riguarda l'impugnazione del provvedimento con il quale il RUP ha disposto l'esclusione della ricorrente da una gara concernente l'efficientamento del sistema energetico, mediante fornitura e posa in opera di impianti ad elevata luminosità ed efficienza energetica sull'intero patrimonio di Ferrovie Emilia Romagna, in virtù dell'assunto secondo cui l'impresa esclusa avrebbe inserito elementi economici all'interno dell'offerta.

In particolare, la ricorrente sosteneva di non aver inserito elementi economici all'interno dell'offerta tecnica, ma di aver semplicemente riepilogato il risparmio energetico conseguibile, e che tali elementi rientravano tra quelli che non avrebbero consentito in alcun modo di influenzare la stazione appaltante circa il contenuto dell'offerta economica.

I Giudici del Tar Emilia Romagna, rigettavano il ricorso sulla base dell'assunto in base al quale vi sarebbe stata un'inammissibile commistione tra offerta tecnica e offerta economica.

La società esclusa presentava appello innanzi al Consiglio di Stato, sostenendo che il presunto dato economico inserito, fosse necessario per valutare l'adeguatezza dell'offerta, e che tale dato, concernente il risparmio energetico non avrebbe in alcun modo consentito di risalire all'offerta economica e/o alla misura del canone annuale dovuto dall'Ente all'affidatario.

La Sezione Quinta del Consiglio di Stato, riformando la sentenza di prime cure, accoglieva il ricorso presentato dall'impresa esclusa, in ragione dei principi giurisprudenziali consolidati in materia di separazione tra offerta tecnica e offerta economica.

In particolare, i Giudici di Palazzo Spada, hanno statuito che, poiché la *lex specialis* di gara

richiedeva tra i criteri dell'offerta tecnica il criterio dell'adeguatezza dell'offerta, consentiva che la Relazione tecnica descrivesse le caratteristiche dell'offerta in coerenza con i criteri della sua valutazione fissati nella legge di gara.

Considerando, inoltre, che nella legge di gara non vi erano espliciti divieti relativi all'illustrazione dell'offerta, i Giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto che il dato economico indicato nell'offerta tecnica fosse funzionale all'illustrazione della proposta e che non vi fosse violazione del principio di separazione, poiché il dato economico inserito non coincideva con quello contenuto nell'offerta economica.

Conseguentemente, ed in coerenza con la giurisprudenza consolidata, il Consiglio di Stato, nell'accogliere l'appello, ha statuito che nel caso di specie, non vi fosse violazione del principio di separazione, annullando l'atto di esclusione e ordinando il subentro della ricorrente nel contratto, in applicazione della giurisprudenza consolidata.

In particolare, i Giudici di Palazzo Spada hanno statuito che: *Il cd principio di separazione tra offerta tecnica e offerta economica, denominato anche come divieto di commistione, risponde alla finalità di garantire la segretezza dell'offerta economica ed è perciò funzionale ad evitare che l'offerta tecnica contenga elementi che consentano di ricostruire, nel caso concreto, l'entità dell'offerta economica.*

Coerente con tale finalità è l'affermazione per la quale il divieto non va inteso in senso assoluto, bensì relativo, con indagini da condurre in concreto, in riferimento alla detta funzione.

Il divieto in parola, inoltre, non può essere interpretato in maniera indiscriminata, al punto da eliminare ogni possibilità di obiettiva interferenza tra l'aspetto tecnico e quello economico dell'appalto posto a gara, attesa l'insussistenza di una norma di legge che vieti l'inserimento di elementi economici nell'offerta tecnica, a meno che uno specifico divieto non sia espressamente ed inequivocabilmente contenuto nella legge di gara.

In particolare, possono essere inseriti nell'offerta tecnica voci a connotazione anche economica o elementi tecnici declinabili in termini economici se rappresentativi di soluzioni realizzative dell'opera o del servizio oggetto di gara.

In definitiva, quindi, i Giudici di Palazzo Spada, in applicazione degli approdi giurisprudenziali consolidati, hanno ritenuto che l'inserimento del dato relativo al risparmio energetico, non fosse idoneo a compromettere l'imparzialità della valutazione.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso iscritto in appello al numero di registro generale 2736 del 2019, proposto da Imprecal s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Camillo Lerio Miani e Francesco Miani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Luigi Napolitano in Roma, via Girolamo Da Carpi n. 6;

contro

FER - Ferrovie Emilia Romagna s.r.l., non costituita in giudizio;

nei confronti

Beghelli Servizi s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Barbara Simoni e Maria Giulia Roversi Monaco, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Gian Marco Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II n. 18;

per la riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia Romagna (Sezione seconda) n. 268/2019, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Beghelli Servizi s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 maggio 2019 il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e uditi per le parti gli avvocati Miani Francesco, Simoni Barbara;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza impugnata il Tribunale amministrativo regionale per la Emilia Romagna ha respinto il ricorso e i motivi aggiunti proposti dalla società Imprecal s.r.l. per l'annullamento del provvedimento col quale il RUP, in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta, ha disposto l'esclusione della ricorrente dalla gara per l'affidamento del "*servizio di efficientamento energetico, mediante fornitura e posa in opera di impianti ad elevata luminosità ed efficienza*

energetica sull'intero patrimonio di Ferrovie Emilia Romagna" indetta dal FER-Ferrovie Emilia Romagna s.r.l., nonché per l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione in favore dell'altra partecipante Beghelli Servizi s.r.l., oltre che di tutti gli atti presupposti connessi e consequenziali, alcuni specificamente indicati nel ricorso introduttivo.

1.2. La società ricorrente, prima classificata della gara con due sole concorrenti ammesse, aveva formulato cinque motivi di ricorso e, in data 14 settembre 2018, motivi aggiunti.

La stazione appaltante non si era costituita in giudizio.

Beghelli Servizi s.r.l. aveva resistito, chiedendo il rigetto del ricorso.

1.3. Nell'esaminare i primi due motivi di ricorso (con cui la ricorrente aveva dedotto la pretestuosità della motivazione dell'esclusione, basata sul contestato inserimento di elementi economici all'interno dell'offerta tecnica, ed il rispetto della *lex specialis*), la sentenza dà atto del contenuto rilevante della legge di gara, quanto a:

- criteri di valutazione dell'offerta tecnica (*1. Organizzazione, professionalità e adeguatezza dell'offerta e 14. Eventuali proposte migliorative*) e dell'offerta economica (*15. Rialzo rispetto la quota di risparmio energetico minima da garantire (pari al 60% dei consumi anno 2015); 16. Rialzo rispetto la quota di risparmio energetico ottenuto da corrispondere a FER (minimo 10% dei risparmi conseguiti); 17. Rialzo della quota minima da destinare a FER dei ricavi ottenuti dalla vendita dei certificati bianchi ottenuti (minimo 50% dei ricavi delle vendite di TEE); 18. Ribasso percentuale sul canone base annuo.*);

- punto 2.2.2. relativo all'offerta tecnica (*"l'offerta tecnica dovrà contenere una relazione tecnica (che descriva discorsivamente quanto richiesto in riferimento ai punti 1, 2, 14 del sistema di valutazione delle offerte)"*);

- punto 2.2.3. concernente l'offerta economica (*"l'offerta economica formulata mediante il modello allegato compilato in ogni suo campo con specifica indicazione pena tassativa esclusione : a) rialzo percentuale rispetto la quota di risparmio energetico minima da garantire; b) rialzo rispetto la quota di risparmio energetico ottenuto da corrispondere a FER; c) rialzo della quota minima da destinare a FER dei ricavi ottenuti dalla vendita dei certificati bianchi ottenuti; d) ribasso percentuale sul canone base annuo; e) indicazione dei costi per la sicurezza interni o aziendali"*).

1.3.1. La motivazione riporta quindi la nota di giustificazione della Imprecal s.r.l. del 18 gennaio 2018, con la quale – riguardo all'inserimento all'interno della propria offerta tecnica del paragrafo 2.3 della relazione, rubricato "Consumi energetici", con l'indicazione della percentuale di rialzo del 10% quale risparmio energetico potenziale, rispetto alla quota di risparmio minimo da garantire del 60%) - aveva fatto presente: *<<a). di avere soltanto inserito, nella relazione tecnica esplicativa della proposta migliorativa, una tabella riepilogativa del risparmio energetico conseguibile.*

b). che le soluzioni migliorative del sistema di illuminamento, espressamente ammesse dalla

legge di gara, non potevano prescindere dalla indicazione del maggiore risparmio in Kwh conseguibile, diversamente inibendosi il relativo apprezzamento.>>.

1.3.2. Disattendendo tali giustificazioni e le argomentazioni spese in giudizio dalla ricorrente, la motivazione prosegue ritenendo condivisibili le contrarie argomentazioni della resistente; reputa quindi che la legge di gara contenesse la specificazione di tutto ciò che andava indicato nell'offerta tecnica ed osserva che, nella specie, *“la quota di risparmio <non> doveva affatto essere indicata con le modalità utilizzate dalla ricorrente”*. Pertanto, conclude nel senso che tali modalità avrebbero dato luogo ad un'inammissibile commistione tra offerta tecnica ed offerta economica, confermata dalla circostanza, evidenziata in motivazione, che *“lo <stesso> dato indicato nella offerta tecnica si ritrova in quella economica (e tale elemento non era di tipo oggettivo)”*.

1.3.3. Per quanto sopra, il primo giudice ha respinto i primi due motivi.

1.4. Ha quindi trattato congiuntamente i restanti tre motivi, concernenti i principi giurisprudenziali applicabili (terzo motivo) e l'ininfluenza nel caso di specie dell'indicazione del dato economico nell'offerta tecnica, sia perché si sarebbe ritorto contro la stessa offerente (in quanto maggiore è la percentuale di risparmio garantito e più alto sarebbe stato il canone da corrispondere all'impresa: quarto motivo) sia perché non vi sarebbe stato in concreto alcun condizionamento della commissione, avendo la ricorrente conseguito per l'offerta tecnica un punteggio pari a zero, inferiore a quello conseguito dalla controinteressata (quinto motivo).

1.4.1. I motivi sono stati respinti, osservando che *“Le regole fondamentali in materia e i principi affermati dalla giurisprudenza (tra cui il divieto di commistione più volte citato) sono posti a tutela della segretezza delle offerte e della autonomia dell'apprezzamento discrezionale dell'offerta tecnica rispetto a quella economica; dunque non rilevano le conseguenze concrete della violazione di tali regole”*.

1.5. I motivi aggiunti sono stati respinti richiamando le *“osservazioni già sviluppate”*.

1.6. Rigettati ricorso e motivi aggiunti, le spese processuali sono state compensate.

2. Per ottenere la riforma della sentenza, la società Imprecal s.r.l. ha avanzato appello con quattro motivi.

La Beghelli Servizi s.r.l. si è costituita per resistere al gravame.

La stazione appaltante non si è costituita neanche in appello.

2.1. Alla pubblica udienza del 30 maggio 2019 la causa è stata posta in decisione, previo deposito di memoria da parte della controinteressata e di memoria di replica da parte dell'appellante.

3. I motivi di appello vanno trattati congiuntamente perché connessi.

3.1. Col primo (*Error in procedendo per omessa pronuncia – error in iudicando – violazione e falsa applicazione della lex specialis; violazione e falsa applicazione dell’art. 30 d.lgs. 50/2016 e dei principi in esso richiamati; violazione dei principi di tutela dell’affidamento e di correttezza dell’azione amministrativa; eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, travisamento dei fatti, contraddittorietà, errore dei presupposti, illogicità manifesta, palese ingiustizia; perplessità; sviamento*), l’appellante torna a richiamare il criterio dell’«adeguatezza dell’offerta», da valutarsi – tenuto conto dell’oggetto dell’appalto - con riferimento all’ottenimento di un risparmio energetico nella misura di almeno il 60% rispetto ai consumi del 2015. Dato ciò, sostiene che, trattandosi di offerta migliorativa rispetto a tale risultato minimo, non avrebbe potuto essere apprezzata in funzione comparativa in mancanza dell’esplicitazione dell’effettiva potenzialità, come da Linee Guida n. 2 dell’ANAC e da giurisprudenza richiamata in ricorso. Aggiunge che – esclusa l’interpretazione data dal seggio di gara, da reputarsi errata perché avrebbe riferito il concetto dell’adeguatezza non all’offerta ma all’offerente - né la controinteressata né il giudice di primo grado hanno prospettato un’interpretazione della legge di gara, quanto al criterio dell’«adeguatezza dell’offerta», diversa o alternativa a quella di cui sopra e che la stazione appaltante, nel fornire i chiarimenti richiesti sul punto, non aveva dato alcun tipo di indicazione, limitandosi a dire che “*l’elemento di valutazione in parola verrà desunto dall’offerta nel suo complesso. La valutazione da parte della commissione avverrà tenendo conto della relazione tecnica nel suo complesso*”. Conclude osservando che, comunque, poiché alle clausole equivoche della legge speciale va attribuito il significato che consenta la massima partecipazione alla procedura, e poiché tale è l’interpretazione sostenuta dall’appellante, sarebbe illegittima la sua esclusione motivata soltanto dall’inclusione nella sua offerta tecnica di un presunto dato economico (quota di risparmio energetico potenzialmente realizzabile) necessario invece per valutare l’adeguatezza dell’offerta.

3.2. Col secondo motivo (*Error in procedendo per omessa pronuncia – error in iudicando – violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara; violazione e falsa applicazione degli artt. 30 (e dei principi in esso richiamati), 94 e 95 del d.lgs. 50/2016; eccesso di potere per travisamento dei fatti, contraddittorietà, errore dei presupposti, illogicità manifesta, palese ingiustizia; perplessità; sviamento*), l’appellante ripropone la deduzione secondo cui nessuna commistione si sarebbe potuta ipotizzare nel caso di specie, in quanto nell’offerta tecnica era indicata una quota di risparmio *potenziale*, mentre nell’offerta economica era indicata la quota di risparmio *da garantire* all’Ente, anche se nella concreta esplicitazione si sarebbero potute avere (e si sono avute) indicazioni coincidenti, per un libera scelta imprenditoriale della società concorrente. La differenza ontologica tra i due concetti risulterebbe, secondo l’appellante, dai precedenti citati in ricorso, aventi ad oggetto un caso identico a quello in esame (Tar Abruzzo – L’Aquila, sez. I, 12 dicembre 2016, n. 783, confermata da Cons. Stato, V, 5 febbraio 2018, n. 719).

3.3. Col terzo motivo (*Error in procedendo per omessa pronuncia – error in iudicando – violazione e falsa applicazione della lex specialis; violazione e falsa applicazione dell’art. 30 del d.lgs. 50/2016 e dei principi in esso richiamati; eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, travisamento dei fatti, contraddittorietà, errore dei presupposti, illogicità manifesta, palese ingiustizia; perplessità; sviamento*), l’appellante torna a sostenere che, comunque, nel caso di specie, l’anticipata conoscenza del risparmio energetico giammai

avrebbe consentito di risalire all'offerta economica e/o alla misura del canone annuale dovuto dall'Ente all'affidatario della commessa, considerato che: il "*rialzo rispetto alla quota di risparmio energetico minima da garantire*" costituiva solo uno dei quattro elementi da prendere in considerazione per la valutazione dell'offerta economica, avrebbe avuto una rilevanza del tutto marginale e comunque non avrebbe consentito la ricostruzione del canone annuale, sì da condizionare l'organo valutatore.

3.4. Col quarto motivo (*Error in procedendo per omessa pronuncia – error in iudicando – violazione art. 97 Cost. e dei principi di correttezza, ragionevolezza, proporzionalità e buon andamento dell'azione della p.a.; violazione e falsa applicazione dell'art. 30 del d.lgs. 50/2016 e dei principi in esso richiamati; eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, travisamento dei fatti, contraddittorietà, errore dei presupposti, illogicità manifesta, palese ingiustizia; perplessità; sviamento*) l'appellante evidenzia la contraddittorietà dell'azione amministrativa, dal momento che lo stesso soggetto giudicante, solo dopo aver reso le proprie valutazioni, aveva rilevato la presenza di un elemento che potenzialmente le avrebbe potute influenzare e che, nella realtà, non le aveva comunque influenzate visto che Imprecal s.r.l. aveva ottenuto un punteggio pari a "zero" per il criterio *Organizzazione, professionalità e adeguatezza dell'offerta* (ossia per quello per il quale aveva indicato il presunto dato economico) a fronte del massimo punteggio (5 punti) attribuito all'altro concorrente in gara. Di ciò il primo giudice avrebbe dovuto tenere conto, essendo del tutto illogico che si fosse negata rilevanza al fatto che la società appellante non aveva tratto alcun vantaggio dall'indicazione contestata, pur essendo questa la prova decisiva dell'assenza di condizionamento in suo favore.

4. I motivi sono fondati.

In diritto, non possono che essere ribaditi gli indirizzi giurisprudenziali già richiamati nella sentenza di primo grado, secondo cui:

- il c.d. principio di separazione tra offerta tecnica e offerta economica, denominato anche come divieto di commistione, risponde alla finalità di garantire la segretezza dell'offerta economica (cfr., tra le altre Cons. Stato, VI, 22 novembre 2012, n. 5928) ed è perciò funzionale ad evitare che l'offerta tecnica contenga elementi che consentano di ricostruire, nel caso concreto, l'entità dell'offerta economica (cfr. Cons. Stato, V, 21 novembre 2017, n. 5392);

- coerente con tale finalità è l'affermazione per la quale il divieto non va inteso in senso assoluto, bensì relativo, con indagine da condurre in concreto, in riferimento alla detta funzione (cfr. Cons. Stato, III, 3 aprile 2017, n. 1530, cui *adde*, tra le altre, id., 24 settembre 2018, n. 5499);

- il divieto in parola, inoltre, non può essere interpretato in maniera indiscriminata, al punto da eliminare ogni possibilità di obiettiva interferenza tra l'aspetto tecnico e quello economico dell'appalto posto a gara (cfr. Cons. di Stato, V, 12 novembre 2015, n. 5181), attesa l'insussistenza di una norma di legge che vieti l'inserimento di elementi economici nell'offerta tecnica (cfr. Cons. di Stato, 27 novembre 2014, n.5890), a meno che uno specifico divieto non sia espressamente ed inequivocabilmente contenuto nella legge di gara (cfr. Cons. Stato, V,

14 dicembre 2018, n. 7057);

- in particolare, possono essere inseriti nell'offerta tecnica voci a connotazione (anche) economica o elementi tecnici declinabili in termini economici se rappresentativi di soluzioni realizzative dell'opera o del servizio oggetto di gara (cfr. Cons. Stato, V, 22 febbraio 2016, n. 703);

- conseguentemente si è ammessa l'indicazione nell'offerta tecnica di “*alcuni elementi economici, resi necessari dagli elementi qualitativi da fornire, purché tali elementi economici non consentano di ricostruire la complessiva offerta economica*” (Cons. Stato, III, 20 gennaio 2016, n. 193) o purché non venga anticipatamente reso noto il “prezzo” dell'appalto (Cons. Stato, V, 13 giugno 2016, n. 2530).

4.1. L'applicazione dei principi appena enunciati al caso di specie comporta, in primo luogo, la fondatezza del primo motivo di appello, atteso che:

- la procedura bandita da FER riguarda, come evidenzia anche la controinteressata, la selezione di un soggetto con il quale stipulare un contratto di EPC (*Energy Performance Contract*), nel quale l'oggetto è appunto la *performance*, vale a dire il risultato di miglioramento dell'efficienza energetica;

- la legge di gara prevedeva tra i criteri di valutazione tecnico-qualitativa dell'offerta tecnica quello denominato “*adeguatezza dell'offerta*”;

- il disciplinare, al punto 2.2.2. (*offerta tecnica*) prescriveva la presentazione di una *Relazione* descrittiva delle caratteristiche dell'offerta tecnica, nella quale la ricorrente ha inserito il paragrafo 2.3. rubricato “consumi energetici”, portante la percentuale di rialzo del 10% quale risparmio energetico potenziale che avrebbe potuto essere assicurato dalla proposta rispetto alla quota di risparmio minimo (60%) indicata nella legge di gara;

- si tratta di un dato tecnico particolarmente significativo in ragione dell'elemento quantitativo da fornire, in quanto in grado di esprimere meglio di ogni altro il risultato di miglioramento energetico che l'offerta tecnica sarebbe stata potenzialmente in grado di assicurare;

- esso è coerente con lo scopo della *Relazione* di consentire la valutazione di “*adeguatezza dell'offerta*”;

- contrariamente a quanto sostenuta dalla controinteressata, l'indicazione della percentuale di risparmio potenziale non è in radicale contrasto con la lettera del disciplinare laddove richiedeva che la *Relazione* dovesse descrivere *discorsivamente* quanto richiesto in riferimento “*ai punti 1, 2 e 14 del sistema di valutazione delle offerte*”, poiché la forma discorsiva, tipica appunto di una “relazione”, non perciò esclude assolutamente che questa possa contenere dei dati numerici;

- ancora, contrariamente a quanto affermato nella sentenza di primo grado, non risulta affatto che la legge di gara avesse prescritto uno schema da seguire per presentare l'offerta tecnica,

dall'ambito del quale si prescriveva l'esclusione di qualsivoglia riferimento alle percentuali di risparmio energetico, imponendo perciò che la quota di risparmio non dovesse affatto essere indicata in percentuale: piuttosto, il disciplinare di gara, senza prescrivere particolari oneri di forma o imporre particolari divieti, consentiva che la *Relazione* descrivesse le caratteristiche dell'offerta in coerenza con i criteri della sua valutazione fissati nella legge di gara.

4.1.1. D'altronde, pur non potendosi escludere che la descrizione della *performance* ottenibile si sarebbe potuta effettuare altrimenti, tanto da non rendere assolutamente obbligata la scelta della Imprecal s.r.l., non può non concordarsi sul fatto che l'indicazione del risultato potenzialmente conseguibile costituisce il modo più immediato e più efficace per dare conto dell'adeguatezza dell'offerta relativamente appunto al miglioramento dell'efficienza energetica. In sintesi, si tratta di un dato (solo in parte) economico che connota sostanzialmente il servizio e la fornitura offerti.

In mancanza di espliciti divieti contenuti nella legge di gara ed in presenza di chiarimenti del tutto genericamente forniti dalla stazione appaltante (come quelli su riportati), l'interpretazione datane dall'impresa ricorrente è più che plausibile e comunque coerente sia col dato letterale che con lo scopo della prescrizione volto a consentire un valido confronto concorrenziale delle offerte tecniche.

4.1.2. Il primo motivo va accolto.

4.2. Così accertato che il dato economico indicato nell'offerta tecnica era funzionale all'illustrazione della soluzione proposta in coerenza con la legge di gara, va peraltro escluso che si trattasse di dato economico del tutto coincidente con quello da indicare nell'offerta economica. Su punto, è fondato il secondo motivo di appello, atteso che:

- il risparmio energetico *potenziale* illustrato come dato connotante l'offerta tecnica non coincide ontologicamente col risparmio energetico in concreto *garantito* dall'impresa come impegno connotante l'offerta economica;

- la circostanza di fatto che, nel caso di specie, i due dati siano coincidenti non invalida, per ciò solo, l'offerta tecnica, come ritenuto dalla sentenza di primo grado, ma esprime una scelta imprenditoriale, rivelata con l'offerta economica, e non necessariamente anticipata con l'offerta tecnica;

- sul punto è pertinente il richiamo, fatto dall'appellante, del precedente giurisprudenziale di questa Sezione, in data 5 febbraio 2018 n. 719, che, pur relativo ad un caso non proprio identico ma analogo, tuttavia si occupa di "*performance di risparmio energetico*" offerta e di "*obiettivo di risparmio energetico garantito*", evidenziando come "*si tratti di due concetti diversi ma che, nella concreta esplicazione, possono portare a indicazioni coincidenti*", laddove – come appariva essere avvenuto nel caso concreto – il risparmio energetico che l'impresa concorrente si era impegnata ad assicurare coincideva con il risparmio potenziale consentito dagli impianti che si proponeva di installare.

4.2.1. In conclusione, anche il secondo motivo va accolto.

4.3. Sebbene l'accoglimento dei primi due motivi di appello appaia dirimente, è opportuno smentire l'assunto della controinteressata secondo cui l'elemento economico indicato nell'offerta tecnica di Imprecal s.r.l. avrebbe consentito di ricostruire anticipatamente l'offerta economica.

In proposito, sono pertinenti le argomentazioni svolte nel terzo motivo di appello, basate sulla natura composita dell'offerta economica per la presenza di tre coefficienti variabili, uno dei quali era appunto la *percentuale di rialzo energetico garantita*. L'indicazione preventiva di uno soltanto di tali elementi non avrebbe comportato la metamorfosi dell'offerta tecnica in offerta economica, consentendo di ricostruire quest'ultima, in quanto il dato (ipoteticamente) noto si sarebbe dovuto combinare con gli altri due (*quota di risparmio garantita destinata a FER e ribasso percentuale offerto sul canone base annuo*) ed in quanto, per il calcolo del canone annuale, sarebbe stata decisiva soprattutto la misura del ribasso percentuale offerto sul canone base.

La variabilità di quest'ultimo coefficiente, così come quella degli altri due, smentisce le argomentazioni della controinteressata basate sull'ipotesi –non riscontrata dalla legge di gara– che i due parametri diversi dalla *percentuale di risparmio energetico garantita* fossero fissi ed immutabili, laddove invece anche questi (*quota di risparmio garantita destinata a FER e ribasso percentuale offerto sul canone annuo*) dipendevano da scelte dell'offerente.

4.3.1. In conclusione, l'indicazione del rialzo energetico potenziale nell'offerta tecnica, anche se coincidente con "*il rialzo rispetto la quota di risparmio energetico minima da garantire*" indicato nell'offerta economica, non ha compromesso la segretezza complessiva di quest'ultima.

Il terzo motivo va accolto.

5. La fondatezza del quarto, ed ultimo motivo, di gravame fornisce definitivo riscontro della correttezza delle conclusioni sopra raggiunte.

E' vero che il principio della segretezza dell'offerta economica è a presidio dell'attuazione dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.), *sub specie* di trasparenza e *par condicio* dei concorrenti e che la peculiarità del bene giuridico protetto dal principio di segretezza dell'offerta economica impone che la tutela copra non solo l'effettiva lesione del bene, ma anche il semplice rischio di pregiudizio; perciò si è affermato che "*già la sola possibilità di conoscenza dell'entità dell'offerta economica prima di quella tecnica, è idonea a compromettere la garanzia di imparzialità della valutazione*" (così da ultimo Cons. Stato, V, 24 gennaio 2019, n. 612, che cita, a riscontro, id., V, 20 luglio 2016, n. 3287 ed altre precedenti).

Tuttavia, la giurisprudenza appena richiamata - che pure si condivide- va correttamente riferita alle ipotesi in cui si sia avuta l'esclusione dell'offerta tecnica prima della valutazione di quella economica ovvero in cui sia rimasto incerto il dato dell'effettivo sviamento nel giudizio; non anche all'ipotesi, ricorrente nel caso di specie, in cui vi sia senza alcun dubbio la dimostrazione del contrario, ossia la prova della totale mancanza di compromissione della

garanzia di imparzialità della valutazione.

Questa conclusione consente inoltre di distinguere il caso *de quo* da altri in cui si è ritenuto che il giudizio circa il rischio di condizionamento debba essere compiuto in astratto in termini assoluti, e non relativi cioè attinenti soltanto alla concreta comparazione tra concorrenti (cfr. Cons. Stato, V, n. 7057/2018, cit., relativa ad un caso in cui il punteggio attribuito alle offerte tecniche, pur essendo inferiore per l'impresa che si assumeva avesse rivelato anticipatamente il dato economico, era rilevante in assoluto, poiché aveva determinato comunque l'ammissione della concorrente alla successiva fase comparativa).

Nel caso di specie, l'attribuzione ad Imprecal s.r.l. di un punteggio pari a zero per il criterio di valutazione oggetto di contenzioso è decisiva per escludere che l'indicazione del dato (asseritamente) economico nell'offerta tecnica abbia favorevolmente influenzato il giudizio della commissione di gara, falsandone l'esito ai danni della controinteressata Beghelli Servizi s.r.l..

6. In conclusione, l'appello va accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, vanno annullati i provvedimenti impugnati.

Conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione in favore di Beghelli Servizi s.r.l. è la caducazione *ex tunc* del contratto, ove nelle more stipulato. Tale domanda è stata infatti avanzata da Imprecal s.r.l. e va accolta, in applicazione dell'art. 122 Cod. proc. amm., poiché risulta dagli atti (all. 1, prodotto dall'appellata il 6 aprile 2019) che ancora alla data del 25 marzo 2019 il contratto non era stato stipulato, sicché, anche se fosse stato stipulato in pendenza della presente decisione, attualmente il suo stato di esecuzione non potrebbe che essere del tutto iniziale.

6.1. Le spese processuali seguono la soccombenza e si pongono, in solido tra loro, ed in pari misura nel riparto interno, a carico sia della stazione appaltante (non potendo costituire motivo ostativo la mancata costituzione in giudizio, poiché la regolazione delle spese va fatta osservando il detto criterio della soccombenza) sia della controinteressata, Beghelli Servizi s.r.l. (che invece ha infondatamente resistito in entrambi i gradi).

Le spese sono liquidate come da dispositivo per ciascuno dei due gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, annulla gli atti impugnati, disponendo la caducazione *ex tunc* del contratto, ove stipulato nelle more.

Condanna Beghelli Servizi s.r.l. e FER – Ferrovie Emilia Romagna s.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, in solido tra loro, al pagamento delle spese processuali, che liquida, in favore di Imprecal s.r.l., nell'importo complessivo di € 4.000,00 (quattromila/00), oltre accessori, per il primo grado, e di € 6.000,00 (seimila/00), oltre

accessori, per l'appello.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.